Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode

Drucksache 18/10650
(zu Drucksache 18/10207)
14.12.2016

Unterrichtung
durch die Bundesregierung

Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
– Drucksache 18/10207 –

Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 951. Sitzung am 25. November 2016 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe b (§ 18 GWB)

   Der Bundesrat begrüßt die in Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe b § 18 GWB-E vorgesehene Überarbeitung der Regelungen zur Bewertung der Marktstellung und Ermittlung der Marktbeherrschung eines Unternehmens, mit denen auch verbraucherunfreundlichen Geschäftspraktiken besser begegnet werden kann. Im digitalen Zeitalter zahlen Verbraucherinnen und Verbraucher für die Nutzung eines Dienstes oftmals kein Entgelt, sondern als Gegenleistung wird eine weitreichende Einwilligung in die unternehmerische Datennutzung und -verwertung verlangt. Hier besteht aus Verbrauchersicht die Gefahr, dass Verbraucherinnen und Verbraucher bei der geforderten Einwilligung in eine weitreichende Datennutzung einem unfairen Druck ausgesetzt werden, weil es an einer echten Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern fehlt. Denn wenn Verbraucherinnen und Verbraucher sich beispielsweise für die Nutzung eines sozialen Netzwerkes oder eines Messenger-Dienstes interessieren, dürfte bei der Auswahl vor allem entscheidend sein, ob über diese Dienste das persönliche soziale Umfeld erreicht werden kann. Hier droht auf Seiten der Anbieter eine Marktmacht zu Lasten der berechtigten Interessen von Verbraucherinnen und Verbrauchern, der mit den Mitteln des Kartellrechts wirksam begegnet werden sollte. Die gesetzliche Klarstellung, wonach es der Annahme eines

Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird (§ 18 Absatz 2a GWB-E), ist nach Ansicht des Bundesrates daher ebenso zu begrüßen wie die Regelung, wonach bei der Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens auch der (exklusive) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten eine bedeutende Rolle spielen kann (§ 18 Absatz 3a Nummer 4 GWB-E).

2. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe d (§ 18 Absatz 8 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist Buchstabe d wie folgt zu fassen:

'd) Folgende Absätze werden angefügt:

"(8) Gesetzliche Angebots- oder Nachfragepflichten mit dem Ziel der Gewährleistung publizistischer Vielfalt begründen keine marktbeherrschende Stellung.

(9) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie … << weiter wie Vorlage >> …" '

Begründung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründen die Must-carry-Verpflichtungen der Plattformanbieter gemäß § 52b Rundfunkstaatsvertrag eine marktbeherrschende Stellung der begünstigten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Im Ergebnis führen damit vielfaltssichernde Entscheidungen des Gesetzgebers unmittelbar zu einem kartellrechtlich relevanten Tatbestand. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können keinen Einfluss auf den nach Auffassung des Bundesgerichtshofs vom Gesetzgeber erzeugten Sachverhalt nehmen, sind aber den kartellrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt. Der Landesgesetzgeber wollte dieses, auf rein marktlichen Mechanismen beruhende Ergebnis mit der Einführung des § 52b Rundfunkstaatsvertrag gerade verhindern. Dies erfolgt auch in Übereinstimmung mit europäischem Recht, da Artikel 31 Absatz 2 Universaldienstrichtlinie vorsieht, dass Mitgliedstaaten, die für ein Rundfunksystem mit Must-carry-Status einen finanziellen Ausgleich vorsehen, diesen dem Grunde und der Höhe nach gesetzgeberisch regeln müssen. Der europäische Gesetzgeber bildet dies ab, indem bei Must-Carry-Verpflichtungen in Bezug auf die Konditionen mangels Wahlmöglichkeit der Beteiligten kein marktlicher Preisbildungsprozess stattfinden kann. Dem soll mit der Klarstellung, wonach eine mit dem Ziel der Sicherung der publizistischen Vielfalt geschaffene gesetzliche Must-carry-Verpflichtung keine marktbeherrschende Stellung begründen kann, Rechnung getragen werden.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

3. Zu Artikel 1 Nummer 11a - neu - (§ 29 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 11 folgende Nummer 11a einzufügen:

'11a. In § 29 Satz 1 GWB wird nach dem Wort "Elektrizität" das Wort ", Fernwärme" eingefügt.'

Begründung:

Die Regelung des § 29 soll neben den Anbietern von Elektrizität und leitungsgebundenem Gas auch für Fernwärmeanbieter gelten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich um Fernwärme, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, wobei es auf die Nähe zu dem versorgten Gebäude ebensowenig ankommt wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes (vgl. BGH vom 21.12.2011 - VIII ZR 262/09, <juris>, Randnummer 11 ständige Rechtsprechung).

Für die Begründung des Missbrauchsverdachts kann die Kartellbehörde nach Satz 1 Nummer 1 andere Versorgungsunternehmen als Maßstab heranziehen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt die materielle Beweislast, ob Abweichungen in den Entgelten oder sonstigen Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind. Diese Beweislastverteilung ist geboten, weil im Rahmen der Missbrauchskontrolle u. a. eine Preiskalkulation des Fernwärmeversorgers heranzuziehen ist, die mitunter lange vor dem Prüfungszeitraum erstellt worden ist. Fernwärmepreise werden im Allgemeinen nicht regelmäßig neu kalkuliert, sondern bei Vertragsbeginn festgelegt und mit Hilfe von Preisanpassungsklauseln an die voraussichtliche Entwicklung der wichtigsten Kosten der Fernwärmeversorgung angepasst. Da die Verträge auf die Dauer von zehn Jahren oder in Einzelfällen sogar noch länger abgeschlossen werden, ist nicht auszuschließen, dass sich die ursprüngliche Gewichtung der Kostenarten später als unzutreffend herausstellen und sich der im Laufe der Zeit ergebende Preis nicht mehr einem angemessenen Preis entsprechen wird, der sich bei regelmäßiger Neukalkulation bzw. unter Wettbewerbsbedingungen ergeben würde.

Hinzu kommt, dass ein nicht unerheblicher Teil der Fernwärmeversorgungsunternehmen von einer Veröffentlichung seiner allgemeinen Preise und Preisregelungen entgegen § 1 Absatz 4 der Verordnung über Allgemeine Versorgungsbedingungen für die Versorgung mit Fernwärme absieht, so dass Abnehmern ein Preisvergleich bzw. bei Vertragsende auch Neuverhandlungen über den Preis erschwert werden. Die fehlende Preistransparenz begünstigt zugleich, dass Unternehmen innerhalb ihres Versorgungsgebietes bei gleichen Anschlusswerten sehr unterschiedliche Preise (Grundpreis pro kW) erheben, was im Einzelfall ebenfalls sachlicher Rechtfertigung bedarf.

Auch steht für eine Missbrauchsprüfung regelmäßig nur eine sehr begrenzte Auswahl an Vergleichsunternehmen bzw. vergleichbaren Versorgungsgebieten zur Verfügung. Fernwärme wird mittels verschiedener Technologien mit

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

unterschiedlichen Brennstoffen erzeugt, so dass häufig eine Aufschlüsselung und Begründung der Brennstoffkosten - als größtem Kostenfaktor - geboten ist. Mit Rücksicht auf die in der Praxis vorkommenden Mehrspartenunternehmen ist es weiter notwendig, dass Fernwärmeversorger u. a. im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Überschreitung ihrer Entgelte über die notwendigen Kosten nach Ziffer 2 die den Fernwärmebereich betreffenden Einnahmen und Kosten in einer Spartenrechnung aufzuschlüsseln und im Einzelfall ggf. sachlich zu rechtfertigen haben. Wie das Bundeskartellamt in seinem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme festgestellt hat, sind im Fernwärmesektor im Vergleich zu Strom und Gas wesentlich mehr potentielle Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen und neben der "normalen" Missbrauchsprüfung in größerem Umfang Kostennachteile oder -vorteile aufgrund objektiver Faktoren zu analysieren, die allein das betroffene Unternehmen erläutern kann. Daher ist mit Rücksicht auf die vorhandene Informationsasymmetrie eine Einbeziehung des Fernwärmesektors in § 29 GWB gerechtfertigt.

Die vorgeschlagene Neuregelung ist wie beim Trinkwasserbereich zeitlich nicht zu begrenzen, da die Bedeutung der Fernwärmeversorgung zunimmt und die Möglichkeit eines Durchleitungswettbewerbs bereits aus technischen Gründen weitestgehend auszuschließen ist.

4. Zu Artikel 1 Nummer 12 Buchstabe a (§ 30 Überschrift GWB), Buchstabe b (§ 30 Absatz 2c - neu - GWB), Buchstabe c Doppelbuchstabe bb - neu - (§ 30 Absatz 3 Satz 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 ist Nummer 12 wie folgt zu ändern:

a) In Buchstabe a ist das Wort "Presse" durch die Wörter "Presse und öffentlich-rechtlicher Rundfunk" zu ersetzen.

b) Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

'b) Nach Absatz 2a werden folgende Absätze eingefügt:

"(2b) § 1 gilt nicht … << weiter wie Vorlage >> …

(2c) § 1 gilt nicht für Vereinbarungen zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland über eine medienwirtschaftliche Zusammenarbeit im Bereich ihres Funktionsauftrags, soweit die Vereinbarung den Beteiligten ermöglicht, den gesetzlich vorgegebenen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gerecht zu werden. Satz 1 gilt nicht für eine Zusammenarbeit im redaktionellen Bereich, soweit diese nicht

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

gesetzlich bestimmt ist. Die Unternehmen haben auf Antrag einen Anspruch auf eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32c, wenn,

1. bei einer Vereinbarung nach Satz 1 die Voraussetzungen für ein Verbot nach Artikel 101 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind und
2. die Antragsteller ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an dieser Entscheidung haben.

Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt." '

c) Buchstabe c ist wie folgt zu fassen:

'c) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 2 werden … << weiter wie Vorlage >> …

bb) Folgender Satz wird angefügt:

"Soweit eine Vereinbarung nach Absatz 2c einen Missbrauch der Freistellung darstellt, kann das Bundeskartellamt diese ganz oder teilweise für unwirksam erklären." '

Folgeänderung:

In Artikel 1 Nummer 1 ist die Angabe zu § 30 wie folgt zu fassen:

"§ 30 Presse und öffentlich-rechtlicher Rundfunk"

Begründung

Der Bundesrat begrüßt die Bemühungen der Bundesregierung, eine Ausnahme von einem Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen zu ermöglichen.

Die angeführte Begründung für eine Ausnahme von dem Kartellverbot für verlagswirtschaftliche Kooperationen, nämlich die gesetzgeberische Verpflichtung zur Gewährleistung von Vielfalt im Bereich der Medien gilt uneingeschränkt auch für den Erhalt der Funktions- und Entwicklungsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die in Erfüllung des verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrags aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz erfolgende Herstellung und Verbreitung funktionserforderlicher Programmangebote ist eine in der Programmautonomie der Senderanstalten zu erfüllende Pflichtaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, für die von Verfassungs wegen die nötigen Handlungsspielräume gewährleistet werden

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

müssen. Dies schließt Kooperationsmöglichkeiten ausdrücklich ein. Die rundfunkrechtlichen Staatsverträge ermöglichen den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Kooperationen, um insbesondere den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung zu tragen. Entsprechend hält die Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) die Anstalten zu entsprechenden Kooperationen mit dem Ziel von Kosteneinsparungen an (vergleiche § 3 Absatz 3 Satz 1 Alternative 1 RFinStV). Mit Absatz 2c sollen damit Effizienzvorteile letztlich den Verbraucherinnen und Verbrauchern zu Gute kommen und dadurch die Angemessenheit der finanziellen Belastung der Beitragszahler sowie die Akzeptanz des Rundfunkbeitrags insgesamt gewährleistet werden. Die gewünschten Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können jedoch in Konflikt mit den Kartellverbot des § 1 GWB beziehungsweise Artikel 101 Absatz 1 AEUV geraten. Des Weiteren ist unklar, ob Kooperationen im Fall eines Verstoßes möglicherweise nach § 2 GWB beziehungsweise § 101 Absatz 3 AEUV freistellungsfähig sind. Dadurch besteht für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine erhebliche Rechtsunsicherheit zwischen einer den Einsparvorgaben geschuldeten Ausweitung der Kooperationsformen und einer kartellrechtlichen Kontrolle mit einem grundsätzlichen Verbot mit gesetzlich definierten Freistellungsmöglichkeiten. Zwar dürften zahlreiche Kooperationsformen freistellungsfähig sein, da sie die dazu erforderlichen beiden positiven (Effizienzgewinne und Weitergabe der Effizienzgewinne an die Verbraucher) und die beiden negativen Anforderungen (Unerlässlichkeit der Beschränkung; keine Ausschaltung des Wettbewerbs) erfüllen. Da bislang keine umfassende Entscheidungspraxis der zuständigen Behörden und Gerichte auf nationaler und EU-Ebene besteht, ist die diesbezügliche Bewertung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allerdings mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

Diese Unsicherheiten können dadurch reduziert werden, dass die Vereinbarungen analog zur entsprechenden Regelung für die Presse in § 30 Absatz 2b GWB-E von § 1 GWB freigestellt werden. Dabei greift die Regelung nur für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrags, nicht aber für kommerzielle Aktivitäten wie insbesondere den E-Commerce-Bereich, die Werbung, das Sponsoring sowie das Merchandising.

5. Zu Artikel 1 Nummer 17 (§§ 33a ff. GWB)

Der Bundesrat begrüßt, dass die in Artikel 1 Nummer 17 §§ 33a ff. GWB-E vorgesehenen Regelungen auch der effektiveren Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch Verbraucherinnen und Verbrauchern dienen sollen. Bei Kartellrechtsverstößen wird typischerweise eine Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern in gleicher Weise durch das rechtswidrige Verhalten eines kartellrechtswidrig agierenden Unternehmens geschädigt. Gerade wenn es sich

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

um sogenannte Streuschäden handelt, dürfte aber die bzw. der einzelne betroffene Verbraucherin bzw. Verbraucher aus nachvollziehbaren Gründen auf die gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruchs in aller Regel verzichten. Um eine effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von Verbraucherinnen und Verbrauchern auch im Kartellrecht zu ermöglichen, spricht sich der Bundesrat daher für eine Stärkung kollektiver Rechtsschutzinstrumente aus. Insbesondere Verbraucherverbände sollten daher baldmöglichst die Berechtigung erhalten, das Bestehen von Ansprüchen für eine Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern im Rahmen eines Musterklageverfahrens stellvertretend feststellen zu lassen. Der Bundesrat fordert die Bundesregierung daher auf, einen Gesetzentwurf zur Einführung von Musterfeststellungsklagen zeitnah vorzulegen.

6. Zu Artikel 1 Nummer 18 Buchstabe b (§ 34 Absatz 5 GWB)

Der Bundesrat begrüßt, dass Kartellbehörden gemäß Artikel 1 Nummer 18 Buchstabe b § 34 Absatz 5 GWB-E künftig innerhalb einer Frist von sieben (bisher fünf) Jahren berechtigt sein sollen, eine Vorteilsabschöpfung anzuordnen. Die auf sieben Jahre verlängerte Frist sollte aber auch für die gemäß § 34a GWB klagebefugten Verbände gelten. Für diese gilt aktuell die wesentlich kürzere regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB, auf die mangels spezieller Regelungen in § 34a GWB bei der Berechnung der Verjährungsfristen zurückgegriffen werden muss. Es wird daher angeregt, auch für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände mittels spezialgesetzlicher Regelungen in § 34a GWB die Verjährungsfristen auf sieben Jahre zu verlängern.

7. Zu Artikel 1 Nummer 18 (§ 34 GWB) und 19 (§ 34a GWB)

Der Bundesrat bedauert, dass die in den §§ 34 und 34a GWB normierten Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung nicht herabgesenkt werden sollen. In diesem Zusammenhang wird an den Beschluss des Bundesrates zur 8. GWB-Novelle vom 11. Mai 2012, vgl. BR-Drucksache 176/12 (Beschluss), Ziffern 13 und 14, erinnert. In diesem Beschluss hat der Bundesrat ausführlich begründet, weshalb bei der Vorteilsabschöpfung neben dem Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes von der Kartellbehörde nicht zusätzlich auch noch der Nachweis eines vorsätzlichen oder

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

fahrlässigen Verhaltens des Unternehmens verlangt werden kann. Auch sollten Verbände bei der Vorteilsabschöpfung nicht zum Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens des Unternehmens verpflichtet sein. Leider sieht der Gesetzentwurf weder bei der Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde noch durch Verbände eine grundlegende Überarbeitung der Tatbestandsvoraussetzungen vor. Der Bundesrat betont, dass hier nach wie vor ein Regulierungsbedarf besteht.

8. Zu Artikel 1 Nummer 26a - neu - (§ 42 Absatz 4 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 26 folgende Nummer einzufügen:

'26a. In § 42 Absatz 4 Satz 2 werden nach dem Wort "Monopolkommission" die Wörter "sowie bei einem Zusammenschluss im Medienbereich eine Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich" eingefügt.'

Begründung

Da die Ministererlaubnis die letzte Möglichkeit darstellt, einen ansonsten kartellrechtlich unzulässigen Zusammenschluss zu gestatten, soll vorab eine Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich eingeholt werden. Hierdurch soll die Verbesserung des Informationsaustauschs zwischen den Behörden im Medienbereich neben § 50c Absatz 2 Satz 2 GWB-E auch auf die Ebene der Ministererlaubnis ausgeweitet werden.

9. Zu Artikel 1 Nummer 68 Buchstabe a (§ 186 Absatz 1 GWB)

In Artikel 1 Nummer 68 ist Buchstabe a wie folgt zu fassen:

"a) Absatz 1 wird gestrichen."

Begründung:

Der § 29 wurde grundsätzlich als befristete Flankierungsmaßnahme geschaffen, bis der Wettbewerb auf dem Strom- und Gasmarkt strukturell so gesichert ist, dass eine besondere Missbrauchskontrolle nicht mehr erforderlich ist. Es zeigt sich aber, dass sich trotz der Wechselmöglichkeiten noch immer beim Strombezug ca. ein Drittel und beim Gasbezug ca. ein Viertel der Haushalte in der Grundversorgung befinden. Zudem wurde die Grund-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

versorgung zum Schutz benachteiligter Kunden geschaffen, die voraussichtlich auch zukünftig keine andere als Grund- oder Ersatzversorgung erhalten. So gibt es nach wie vor "gefangene Kunden", denen z. B. wegen schlechter Bonität keine Sonderverträge angeboten werden. Auch wird ein Kunde im Falle eines Anbieterwechsels ab Kündigungstermin bis zum Vollzug des Wechsels übergangsweise in den in der Regel teureren Grundversorgungstarif übernommen, selbst wenn er bei seinem bisherigen Versorger Sondervertragskunde war. § 29 ist daher zu entfristen, indem § 186 Absatz 1 gestrichen wird.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu den Vorschlägen des Bundesrates wie folgt Stellung:

1. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe b (§ 18 GWB)

Die Bundesregierung stimmt der Einschätzung des Bundesrates zu.

2. Zu Artikel 1 Nummer 4 Buchstabe d (§ 18 Absatz 8 – neu – GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Forderung ab, gesetzlich zu regeln, dass gesetzliche Angebots- und Nachfragepflichten mit dem Ziel der Gewährleistung publizistischer Vielfalt keine marktbeherrschende Stellung begründen.

Soweit eine entsprechende Ausnahme nur für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vorgesehen werden soll, wofür die Begründung des Bundesrates spricht, gilt, dass diese öffentliche Unternehmen sind, die als auch wirtschaftlich tätige Unternehmen nach § 185 Absatz 1 GWB den Regelungen des Kartellrechts unterliegen. Damit gelten sie ebenso wie private Unternehmen als marktbeherrschend im Sinne des § 18 GWB, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Es ist grundsätzlich kein Bedarf zu erkennen, für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine weitreichende Ausnahmeregelung allein deshalb zu schaffen, weil sich die Marktbeherrschung aus gesetzlichen Verpflichtungen und Vorrechten ergibt. Dies gilt ebenso für andere Unternehmen, die von dem weitformulierten Vorschlag des Bundesrates erfasst würden, der keine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten enthält.

Die Begründung des Bundesrates benennt einen einzigen Anwendungsfall, nämlich die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, nach dessen Auffassung, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter als Nachfrager von Übertragungskapazitäten im Kabelnetz marktbeherrschend sind (BGH, Urteil vom 16. Juni 2015 – KZR 83/13, BGHZ 205, 355). Dies folgt aus der Verpflichtung der

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Kabelnetzbetreiber nach § 52b des Rundfunkstaatsvertrages, bestimmte Übertragungskapazitäten für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu reservieren und deren Programmsignale einzuspeisen (sog. must-carry-Pflicht). Deshalb kann kein Wettbewerb durch andere Unternehmen als Nachfrager dieser Übertragungskapazität entstehen. Entgegen der Ansicht des Bundesrates ergibt sich jedoch weder aus § 52b des Rundfunkstaatsvertrages noch aus Artikel 31 der Universaldienstrichtlinie, dass öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter nicht als marktbeherrschend im Sinne des § 18 GWB angesehen werden sollen, damit sie keiner Missbrauchsaufsicht unterliegen, weil ein marktlicher Preisbildungsprozess ausgeschlossen werden sollte. Zudem schließt § 52b Rundfunkstaatsvertrag die freiwillige Vergütung, wie sie praktiziert wurde, nicht aus.

Es besteht außerdem der anerkannte Grundsatz, dass das Verhalten von Unternehmen, die ihre marktbeherrschende Stellung durch die gesetzliche Einräumung bestimmter Rechtspositionen erlangen, nicht von vornherein als sachlich gerechtfertigt angesehen wird. Nur unter besonderen Voraussetzungen gilt ein an sich missbräuchliches Verhalten dieser Unternehmen als gerechtfertigt, wenn sonst die Erfüllung einer ihnen übertragenen Aufgabe unmöglich würde. Das betrifft das Marktverhalten öffentlich-rechtlicher wie privater Unternehmen gleichermaßen, da sich mögliche schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht unterscheiden.

3. Zu Artikel 1 Nummer 11a - neu - (§ 29 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung lehnt den Antrag des Bundesrates ab, die Anwendbarkeit des § 29 GWB auf den Bereich der Fernwärmeversorgung zu erstrecken.

Es besteht kein Bedarf dafür. Mögliche Preismissbräuche durch marktbeherrschende Anbieter von Fernwärme können mit den allgemeinen Missbrauchsvorschriften aufgegriffen und erforderlichenfalls abgestellt werden. Die eigentliche Verschärfung des § 29 GWB liegt in der Beweislastumkehr, die nur bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts nach Nummer 1 (Forderung ungünstigerer Entgelte als die anderer Versorgungsunternehmen) eingreift. Das Bundeskartellamt hatte in seinem Bericht zur Sektoruntersuchung von 2012 die

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anwendbarkeit des § 29 GWB im Fernwärmesektor zwar als nützlich bezeichnet. Als Grund wurde die potentiell größere Zahl struktureller Rechtfertigungsgründe genannt, die durch eine Vielzahl von kostenrelevanten Aspekten ermöglicht werden könnte. Im Anschluss an die Untersuchung haben Bundeskartellamt und mehrere Landeskartellbehörden in den vergangenen Jahren aber gegen Fernwärmeversorger nach den allgemeinen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht ermittelt und die Verfahren erfolgreich abgeschlossen. Die fehlende Beweislastumkehr spielte aus Sicht der Behörden keine Rolle. Außerdem ist die zweite Alternative der Preisüberprüfung in § 29 GWB, eine Kostenprüfung, auch nach der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 19 Absatz 2 Nummer 2 GWB erlaubt. Sie wird im Bereich Fernwärme von Kartellbehörden angewendet, wenn mit ihr im Einzelfall ggf. sachgerechtere Einschätzungen als nach dem Vergleichsmarktkonzept möglich sind.

Zudem handelt es sich bei der besonderen Missbrauchsaufsicht für die Anbieter von Strom und Gas nach § 29 GWB um eine Übergangsvorschrift. Die Vorschrift soll nach Auffassung der Bundesregierung auch weiterhin eine nur befristete Flankierungsmaßnahme darstellen, bis der Wettbewerb so gesichert ist, dass eine besondere Preismissbrauchskontrolle nicht mehr erforderlich ist. Für den Bereich der Fernwärmeversorgung ist nicht davon auszugehen, dass sich ein entsprechender Wettbewerb entwickeln wird. Vielmehr ist zu erwarten, dass die bestehenden Monopolstrukturen bestehen bleiben. Sollte die allgemeine Missbrauchsaufsicht im Einzelfall deshalb, trotz der erfolgreichen Verfahren, für unzureichend angesehen werden, müsste an ihre Stelle eine dauerhafte Preisregulierung treten. Solche Regulierungen sind nicht Gegenstand des GWB. Sie sollten im Bedarfsfall gesondert in einem Regulierungsrecht geregelt werden.

4. Zu Artikel 1 Nummer 12 (§ 30 GWB)

Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates prüfen.

5. Zu Artikel 1 Nummer 17 (§§ 33a ff. GWB-E)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Verbraucherinnen und Verbraucher ihre Schadensersatzansprüche möglichst effektiv durchsetzen können sollen. Um diesem Anliegen Rechnung zu tragen, bedarf es für kartellrechtliche Schadensersatzansprüche jedoch keiner bereichsspezifischen Musterfeststellungsklage. Bereits seit 2005 haben bestandskräftige Entscheidungen der deutschen und EU-Wettbewerbsbehörden eine Bindungswirkung hinsichtlich des Verstoßes gegen deutsches oder EU-Kartellrecht (vgl. § 33 Absatz 4 GWB bzw. § 33b GWB-E). Daher sind die Zivilgerichte im Fall von Schadensersatzklagen an die Feststellung des Verstoßes gebunden und die Verbraucherinnen und Verbraucher von der diesbezüglichen Darlegungs- und Beweislast entlastet.

6. Zu Artikel 1 Nummer 18 Buchstabe b (§ 34 Absatz 5 GWB)

Die Bundesregierung begrüßt die Anregung des Bundesrates, die Frist für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 34a GWB zu verlängern. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist für die Vorteilsabschöpfung erscheint vor dem Hintergrund der Verlängerung der Frist für die Vorteilsabschöpfung für Behörden nach § 34 GWB grundsätzlich sachgerecht. Die Frist für die behördliche Vorteilsabschöpfung beginnt nach § 34 Absatz 5 GWB-E bereits mit der Beendigung der Zuwiderhandlung, während sich der Beginn der Verjährungsfrist für die Vorteilsabschöpfung durch Verbände nach § 199 Absatz 1 BGB richtet. Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn wird die Bundesregierung prüfen, in welchem Umfang eine Verlängerung der Verjährungsfrist angemessen erscheint.

7. Zu Artikel 1 Nummer 18 und 19 (§ 34 und § 34a GWB)

Die Bundesregierung sieht derzeit keinen Anlass, die Voraussetzungen für die Vorteilsabschöpfung nach § 34 und § 34a GWB zu verändern. Insbesondere eine Abkehr vom Verschuldenserfordernis erscheint nicht erforderlich. In der Regel wird der Nachweis des Verschuldens bei Verstößen gegen das Kartellrecht kein wesentliches Hindernis für eine Vorteilsabschöpfung darstellen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

8. Zu Artikel 1 Nummer 26a – neu – (§ 42 Absatz 4 Satz 2 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates grundsätzlich zu, im Ministererlaubnisverfahren nach § 42 GWB vor der Entscheidung auch eine Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) einzuholen. Entgegen dem Vorschlag des Bundesrats sollte dies nach Auffassung der Bundesregierung jedoch nur bei solchen Zusammenschlussvorhaben im Medienbereich gelten, die den Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter betreffen, um den Auftrag der KEK nach den Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrages abzubilden. Auch die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die KEK zu einem zusätzlichen Erkenntnisgewinn in einem Ministererlaubnisverfahren beitragen kann, soweit sie innerhalb ihrer Zuständigkeit prüft, ob private Fernsehveranstalter über vorherrschende Meinungsmacht verfügen und etwa Beteiligungsveränderungen deshalb ggf. bedenklich für die Meinungsvielfalt im Rundfunk sind (§§ 26, 29, 36 Absatz 4 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrags). Aus ähnlichen Erwägungen hat die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf vorgesehen, dass das Bundeskartellamt das Benehmen mit der KEK herzustellen hat, bevor es Zusammenschlussvorhaben im Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter untersagt (vgl. Artikel 1 Nummer 26 des Gesetzentwurfs [§ 40 Absatz 4 Satz 3 GWB-E]). Die Bundesregierung schlägt daher vor, in Abänderung des Beschlussvorschlags zu Ziffer 8 § 42 Absatz 4 GWB dahin zu ergänzen, dass bei einem Zusammenschlussvorhaben im Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter vor der Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis eine Stellungnahme der KEK einzuholen ist.

9. Zu Artikel 1 Nummer 68 (§ 186 Absatz 1 GWB-E)

Die Bundesregierung lehnt eine Aufhebung der Befristung für die als Übergangsvorschrift konzipierte Vorschrift der besonderen Preismissbrauchskontrolle über marktbeherrschende Anbieter von Strom und Gas ab. Dafür besteht derzeit kein Anlass. Ein solcher folgt weder aus dem Umstand,

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

dass es, wie in der Begründung angeführt, noch immer Kunden im Grundversorgungstarif gibt, noch daraus, dass das Energiewirtschaftsgesetz immer dem jeweiligen Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, eine solche Grundversorgungspflicht zu allgemeinen Grundversorgungstarifen auferlegt. Die sich beständig positiv weiterentwickelnden Wettbewerbsverhältnisse haben dazu beigetragen, dass die Mehrheit der Haushalte inzwischen andere Tarife wählt. Die weitere Entwicklung der Zahlen der nach Grundversorgungstarifen Versorgten ist offen. Aber auch wenn es die sogenannten in der Grundversorgung gefangenen Kunden geben mag, wären diese im Fall einer marktbeherrschenden Stellung des Grundversorgers auch ohne die besondere Preismissbrauchsvorschrift nicht schutzlos gestellt. Zu beachten ist dabei zudem, dass ein Grundversorgungstarif in der Regel zwar teurer ist, dies aber noch keinen Missbrauch indiziert. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die allgemeinen Regelungen zur Missbrauchsaufsicht nicht hinreichend wären, um den Kartellbehörden eine Ermittlung und erforderlichenfalls eine Beendigung von Missbräuchen zu ermöglichen, wenn der Wettbewerb unter den Anbietern von Strom und Gas noch weiter strukturell gesichert sein wird. Um den Übergang dazu weiterhin zu flankieren, soll, wie in § 186 Absatz 1 GWB-E vorgesehen, die Befristung von § 29 GWB bis zum Ende des Jahres 2022 verlängert werden. Das ist nach Auffassung der Bundesregierung ausreichend und angemessen. Einer dauerhaften kartellrechtlichen Sonderregelung bedarf es dazu nicht. Mögliche soziale und finanzielle Probleme für bestimmte Haushalte bei der Begleichung von Grundversorgungstarifen müssen außerhalb des Kartellrechts adressiert werden.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.